



JORGE SÁNCHEZ VICENTE, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA

Que en la Sesión número 33/11 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 13 de octubre de 2011, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución que pone fin al periodo de información previa iniciado como consecuencia de la solicitud planteada por la AENOM sobre la modificación del actual reparto de costes del Nodo Central entre los operadores móviles o, subsidiariamente, de las reglas de unanimidad establecidas en los Estatutos de la AOPM para la adopción de determinados acuerdos (RO 2011/875).

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 11 de marzo de 2011 tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones un escrito de la Asociación Española de Nuevos Operadores Móviles (en adelante, AENOM¹) por el que solicita a esta Comisión lo siguiente:

- “- Se modifique el actual reparto de costes de la Entidad de Referencia por no estar basado el mismo en los principios de objetividad, proporcionalidad y transparencia y por no poder considerar dicho reparto como acordado «por todos los operadores afectados» al existir una voluntad mayoritaria de operadores que quieren modificarlo (...).*
- En caso de no modificarse el actual reparto de costes, se modifique el actual sistema organizativo de la Entidad de Referencia (la AOPM) a los efectos de adecuarlo a los principios de la Circular 1/2008 y con el fin de permitir un marco que permita a los operadores alcanzar acuerdos sobre la forma de financiar la Entidad de Referencia suprimiendo la exigencia de unanimidad (...).*

¹ Esta Asociación está formada por los siguientes operadores: Foyou Telecom, S.L., Hits Telecom Spain, S.A., KPN Spain, S.L.U., Más Móvil Telecom 3.0, S.A., Pepemobile, S.L., The Phone House Móvil, S.L.U.



Esta Asociación alega que *“ni el actual reparto de costes², ni el actual sistema organizativo son adecuados para el cumplimiento de lo dispuesto en la normativa aplicable y, en particular, para el cumplimiento de los principios establecidos en la Circular 1/2008”*.

En concreto, sobre el actual reparto de costes de la Entidad de Referencia, la AENOM manifiesta que *“(…) perjudica especialmente a los operadores entrantes que tienen que soportar un coste por portabilidad entre 10 y 12 veces superior al soportado por los operadores con red propia pudiendo considerarse como una barrera de entrada en el mercado”*.

Asimismo, esta Asociación de operadores cuestiona que dicho reparto inicial establecido por los 13 operadores fundadores de la Asociación de Operadores para la Portabilidad Móvil (en adelante, AOPM) refleje actualmente la voluntad mayoritaria de todos los miembros de dicha asociación así como que cumpla con los principios de proporcionalidad, objetividad y transparencia.

En este sentido, la AENOM señala que el *“pasado 25 de enero de 2011 se celebró una asamblea general extraordinaria de la AOPM en la que se sometió a votación una modificación del reparto de costes en la que se proponía pasar de la actual proporción entre pagos fijos y variables (40% fijo, 60% variable) a una proporción del 90% variable y 10% fijo”*.

En dicha votación, *“de los 19 operadores asistentes, 12 de ellos votaron a favor del nuevo reparto de costes, 3 se abstuvieron y únicamente 4 votaron en contra (los operadores con red propia”*. Además, la AENOM añade que a los mencionados 12 operadores que votaron a favor del nuevo reparto de costes se ha de sumar al operador The Phone House, S.A., que remitió una carta a la AOPM en apoyo a la propuesta de modificación del reparto de costes.

Sin embargo, a pesar de dicha mayoría de votos, la propuesta fue rechazada debido a que los Estatutos de la AOPM señalan que es necesario la unanimidad para la adopción de este tipo de acuerdos.

En relación con el sistema organizativo de la AOPM, la AENOM alega que *“la Circular 1/2008 es suficientemente clara al señalar en su artículo quinto apartado segundo que «la forma de financiar las Entidades de Referencia será acordada por todos los operadores afectados»*. Sin embargo, *difícilmente podrá llegarse a un acuerdo entre los operadores dado que la mencionada regla de la unanimidad viene a suponer otorgar un derecho de veto frente a cualquier propuesta de modificación del actual reparto de costes y ello a pesar de que la misma cuenta con el respaldo mayoritario de los operadores”*.

Adicionalmente, la AENOM alega que no bastaría con modificar la regla de la unanimidad establecida para cambiar las reglas de distribución de los costes, ya que los Estatutos también contemplan la regla de la unanimidad para la propia modificación de los Estatutos de la AOPM, entre otras materias, para la determinación o modificación de las reglas de determinación de las contribuciones.

Por todo ello, la AENOM solicita que se introduzcan las modificaciones oportunas en el actual sistema organizativo de la AOPM, a los efectos de que el mismo permita que los operadores puedan acordar la forma de financiar la Entidad de Referencia.

² Cada operador móvil sufraga a partes iguales el 40% del presupuesto del Nodo Central, mientras que el 60% restante es sufragado en función del número de solicitudes en las que actúa cada operador en la siguiente proporción: 15% en rol donante y 85% en rol receptor.



SEGUNDO.- En virtud de lo establecido en el artículo 69.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), mediante escritos del Secretario de esta Comisión de fechas 5 de abril y 5 de mayo de 2011 se notificó tanto a la AENOM como a la AOPM y a todos los operadores móviles integrantes de ésta última asociación el inicio de un periodo de información previa, con el fin de conocer con mayor detalle las circunstancias del caso y la conveniencia o no de iniciar el correspondiente procedimiento.

TERCERO.- Con fechas 27, 29 de abril, 2 y 3 de mayo de 2011 tuvieron entrada en el Registro de esta Comisión diversos escritos de los operadores Vodafone de España, S.A.U. (en adelante, Vodafone), Telefónica Móviles España, S.A.U. (en adelante, TME), BT España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, S.A.U (en adelante, BT) y France Telecom España, S.A. (en adelante, Orange) así como de la AENOM, dando contestación al inicio del periodo de información previa relativo a la solicitud formulada por la propia AENOM.

A los anteriores Antecedentes de Hecho le son de aplicación los siguientes

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Habilitación competencial de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

El artículo 48.4.e) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) enumera como función de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ámbito de su objeto, adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta del servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por los operadores, la interconexión de las redes y la explotación de red en condiciones de red abierta, y la política de precios y comercialización por los prestadores de los servicios. De igual forma, a través de los artículos 3 y 11.4 de la misma Ley, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tiene como objetivo el fomento de la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones y, en particular, en la explotación de las redes y en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas.

A estos efectos y sobre las materias indicadas, la Comisión podrá dictar instrucciones dirigidas a los operadores que actúen en el sector de comunicaciones electrónicas, que serán vinculantes una vez notificadas o, en su caso, publicadas en el Boletín Oficial del Estado.

En ejercicio de dichas competencias, el Consejo de esta Comisión aprobó, el 19 de junio de 2008, la Circular 1/2008, sobre conservación y migración de numeración telefónica, modificada posteriormente mediante la Circular 3/2009, de 2 de julio. El apartado cuarto de la citada Circular 1/2008 establece que:

“3. Los operadores que deban utilizar las Entidades de Referencia tendrán la obligación de compartir los costes incurridos en el establecimiento, correcto funcionamiento y gestión administrativa de cada una de ellas, así como el derecho al acceso directo a las mismas.

4. La operación y gestión de cada Entidad de Referencia será responsabilidad exclusiva de los operadores, para lo cual establecerán un sistema organizativo para su gestión adecuado al cumplimiento de los principios de la presente Circular”.



Asimismo, el punto 2 de su apartado quinto dispone que: “La forma de financiar las Entidades de Referencia será acordada por los operadores afectados. A falta de acuerdo, resolverá la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en virtud de sus competencias”.

El 11 de febrero de 2010, el Consejo de esta Comisión aprobó la Resolución sobre el conflicto existente entre las asociaciones de operadores denominadas Sistema Centralizado de Gestión de la Portabilidad Móvil (SCPM) y la AOPM en relación con el reparto de los costes de la Entidad de Referencia de la portabilidad móvil (DT 2009/1045).

En dicha Resolución se acordó lo siguiente:

“Primero.- *Los operadores que deban utilizar la Entidad de Referencia móvil y no se encuentren asociados a la Asociación de Operadores para la Portabilidad Móvil, o no hayan formalizado un acuerdo de prestación de servicios con dicha asociación, deberán regularizar su situación a todos los efectos, en el plazo de quince días a partir de la presente resolución.*

Segundo.- Los operadores deberán contribuir a los costes de acuerdo al reparto establecido en el acta fundacional de la Asociación de Operadores para la Portabilidad Móvil.

Tercero.- *Para el cálculo de las cuotas de regularización se considerará como hito temporal inicial de contribución, la asignación o subasignación de numeración móvil.*

De conformidad con lo anterior, compete a esta Comisión conocer de las cuestiones planteadas por la AENOM en relación con la modificación del actual reparto de costes de la Entidad de Referencia y del sistema organizativo de la AOPM.

SEGUNDO.- Valoración de las actuaciones practicadas en el periodo de información previa

Las cuestiones planteadas por la AENOM se concretan en determinar si procede modificar el actual reparto de costes de la Entidad de Referencia o, en caso subsidiario, considerar si cabría modificar el actual sistema organizativo de la AOPM establecido en sus Estatutos, en concreto, las reglas de unanimidad fijadas en los mismos.

Para ello, esta Comisión procedió a abrir un periodo de información previa con el fin de conocer la opinión del sector de la telefonía móvil en relación con la propuesta de la AENOM. Dicho inicio de información previa se notificó a todos los operadores de telefonía móvil integrantes de la AOPM, a la propia AOPM y a la AENOM.

De los operadores notificados (30), sólo han contestado al requerimiento efectuado TME, Vodafone, Orange y BT. La AENOM contestó al inicio del periodo de información previa reiterando las alegaciones expuestas en su escrito de 11 de marzo de 2011 y aportando un cuadro justificativo de la mayor proporción de costes fijos que soportan los OMVs con el actual reparto de costes en relación con el peso de las portabilidades que asumen.



GRUPO	Peso en portabilidades	40% Costes a partes iguales			10% costes a partes iguales		
		Peso en costes	(des)proporción entre peso y costes asumidos	coste medio por porta (*)	Nuevo peso en costes	(des)proporción entre peso y costes asumidos	nuevo coste por porta (*)
GRUPO OMV'S	5,7%	38,06%	6,7	1,80 €	13,76%	2,4	0,65 €
GRUPO OMR'S	94,3%	61,94%	0,7	0,18 €	86,24%	0,9	0,25 €

(*) Coste por portabilidad, basado en los datos de diciembre 2010, únicamente en la cuota mensual, y considerando portas totales por operador = 0,15*Exportados + 0,85*Importados. Operadores sin portabilidades se considera 1 portabilidad

A. En relación con la revisión del reparto de costes de la Entidad de Referencia (Nodo Central) móvil.

A este respecto, TME, en oposición a lo propuesto por la AENOM, manifiesta que *“el criterio de pagar por unidad de portabilidad no es, bajo ningún punto de vista, un criterio objetivo, proporcional y transparente y mucho menos justo”*, ya que la estructura de costes de la Entidad de Referencia³ es incompatible con un reparto de costes por unidad de portabilidad que no pondere adecuadamente la proporción real de cada tipo de coste total.

Asimismo, en la línea de lo manifestado también por Vodafone y Orange, TME alega que el actual reparto de costes (40% fijo y 60% variable) ha sido avalado por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, puesto que *“la propia CMT establece un porcentaje similar para los costes de mantenimiento de la ER de portabilidad fija, en este caso los porcentajes de 30% y 70% respectivamente, fueron fijados en Resolución DT 2003/162 (...)”*, y por los operadores *“ya que surge del acuerdo alcanzado por los operadores existentes en la constitución de la AOPM, con el objetivo fundamental de implantar el NC”*.

TME y Vodafone entienden que no existe ninguna diferencia entre la Entidad de Referencia fija y móvil en cuanto a su naturaleza, objetivos y usos que justifique un reparto diferente, además ambas están sujetas a los mismos principios establecidos en la Circular 1/2008.

A este respecto TME y Orange manifiestan que la justificación de que en el reparto de los costes de la Entidad de referencia móvil se de mayor carga a la parte fija, 40%, en vez de establecer el 30% fijado para la Entidad de Referencia fija, se debe a que en la portabilidad fija los operadores donantes reciben una contraprestación económica por las actuaciones internas administrativas llevadas a cabo para permitir la portabilidad de operador, al margen de los pagos que se deben efectuar para el mantenimiento de la Entidad de Referencia. Sin embargo, en la portabilidad móvil los operadores acordaron incrementar dicha parte fija de los costes a costa de renunciar a la contraprestación económica entre operadores móviles derivada de los costes administrativos de la portabilidad.

Por otra parte, TME considera que también el actual reparto de costes puede estar *“falto de objetividad y proporcionalidad deseadas”*. Por ello, esta operadora propone un reparto de los costes que, en su opinión, es más acorde con los criterios establecidos en la Circular 1/2008. Dicho reparto quedaría fijado ***“en un 49%, a repartir entre todos los operadores a***

³ Según Resolución, de 15 de julio de 2004, sobre el reparto de los costes de la entidad de referencia de portabilidad (DT 2003/162), los costes de la Entidad de Referencia son: los costes de implantación y los costes de mantenimiento (fijo y variable).



partes iguales y otra variable, que continuaría siendo en función de la portabilidad, esta última fijada en un 51%.

Para el resto de los costes imputables a la necesidad de una solución centralizada, como por ejemplo los costes derivados de la contratación de la Gerencia, y demás costes ocasionales o no directamente derivados del contrato del NC con INDRA, el reparto debe ser a partes iguales entre todos los operadores”.

Por todo ello, TME solicita que *“no se modifique la actual proporción del reparto de costes, pero de considerar la CMT que este reparto debe ser modificado para dotarlo de más objetividad, proporcionalidad y transparencia, se sirva hacerlo en el sentido indicado por TME en esta alegación”.*

Vodafone añade que la composición de la AENOM y de la SCPM⁴ es prácticamente idéntica al igual que ocurre con la petición formulada por la SCPM en el expediente DT 2009/1045, que dio lugar a la Resolución de 11 de febrero de 2010, y la planteada por la AENOM en su escrito de 11 de marzo de 2011. Por ello considera que, dado que en un año no se ha producido ninguna circunstancia que modifique las condiciones competitivas en los mercados afectados, ni cambio legislativo alguno que aconseje o justifique abrir un nuevo procedimiento administrativo, un nuevo pronunciamiento de esta Comisión sobre idéntica cuestión provocaría inseguridad jurídica.

Orange considera que el Nodo Central no es una herramienta comercial más a favor de los operadores que la emplean sino una obligación regulatoria para todo el sector, por lo que ha de desterrarse la idea de que los operadores que mueven más portabilidades se están beneficiando económicamente de esta herramienta a costa de los que menor transacciones generan.

Según Orange, en el caso de que no existiera un sistema centralizado los operadores entrantes tendrían que asumir internamente los costes que conlleva implementar y mantener una herramienta de gestión de la portabilidad. Por tanto, Orange considera que **“la disponibilidad del Nodo Central supone para los operadores de menor tamaño mayores ventajas económicas que para los operadores de mayor tamaño”.**

Asimismo, Orange considera que sería más equilibrado que existiera un reparto en atención a la naturaleza real de los costes y que fuera asumido por todos los operadores que se benefician de la herramienta de la portabilidad a partes iguales, ya que considera que los costes en los que se incurre para la gestión del Nodo Central son todos de carácter fijo e independientes del número de transacciones que se realicen.

Esta operadora manifiesta que lo que ocurre actualmente en el reparto de costes es una ficción para facilitar a los operadores de menor tamaño sus actividades de portabilidad y su contribución económica al mantenimiento del sistema centralizado.

Por ello, Orange concluye que *“el reparto actualmente acordado no sólo cumple con los principios exigidos por la Circular 1/2008, sino que va más allá de los mismos en defensa de los operadores de menor tamaño considerando ficticiamente que una parte de los costes debe repartirse en función de las transacciones”.*

En sentido contrario a lo manifestado por TME, Vodafone y Orange, BT considera que existen elementos objetivos que aconsejan la apertura por parte de esta Comisión de *“un*

⁴ SCPM (Sistema Centralizado de gestión de la Portabilidad Móvil). Esta asociación de operadores estaba formada por Más Móvil Telecom 3.0, S.A., Hits Telecom Spain, S.A., Pepemobile, S.L., The Phone House, S.L.U., Digi Spain Telecom, S.L. y Fonyou Telecom, S.L.



expediente que analizara si el actual reparto de costes de la portabilidad móvil se adecua a la regulación y a la situación actual del mercado”.

Las razones que, según BT, justifican dicha apertura de expediente son:

- La mayoría de los operadores móviles existentes en la actualidad no participaron en la decisión sobre el reparto de costes, ya que hoy en día existen 30 operadores móviles que contribuyen a los costes de la portabilidad y, sin embargo, solo 13 operadores acordaron el reparto de costes de portabilidad en julio de 2008.
- Los presupuestos sobre los que se llevó a cabo el reparto de costes puede que hayan cambiado, ya que las previsiones que los operadores entrantes hicieron sobre el número previsto de portabilidades entrantes y salientes puede que haya cambiado casi tres años después.
- El reparto de los costes es un tema controvertido que genera tensiones en la AOPM y perturba el funcionamiento de la Asociación.

A la vista de las alegaciones realizadas por los citados operadores móviles deben hacerse las siguientes precisiones:

1. En primer lugar, cabe analizar si el actual reparto de costes de la Entidad de Referencia supone una barrera a la entrada para los operadores móviles virtuales, tal y como manifiesta la AENOM en su escrito de 11 de marzo de 2011. Para ello, es preciso cuantificar el importe que deben satisfacer los distintos operadores para el mantenimiento del Nodo Central.

Como ya se ha indicado, con la actual distribución de costes cada uno de los operadores móviles sufragan a partes iguales el 40% del presupuesto anual del Nodo Central, mientras que el 60% restante es sufragado en función del número de solicitudes en las que actúa cada operador en la siguiente proporción: en rol donante el 15% y en rol receptor el 85%.

Según los datos aportados por la AOPM, en cumplimiento de lo establecido en el apartado octavo de la Circular 1/2008⁵, el presupuesto para año el 2010, periodo en el que se aprobó la Resolución sobre el conflicto entre la SCPM y la AOPM en relación con el reparto de costes de la Entidad de Referencia de la portabilidad móvil (DT 2009/1045), fue de 1.792.795,95 euros. Pues bien, si tenemos en cuenta que el número de operadores que integraban la AOPM o que tenían un contrato de prestación de servicios de acceso al Nodo Central era de 29, sólo la cuota fija mensual por operador fue de 2.060 euros al mes (IVA incluido), lo que supuso unos 24.728 euros al año.

Por lo que respecta al vigente año 2011, el importe del presupuesto de la Entidad de Referencia es de 2.032.971,59 euros y el número de operadores asociados a la AOPM o con contrato de prestación de servicios es de 30. Por tanto, las cuotas fijas mensuales

⁵ “**Octavo.** *Obligaciones de comunicación de los operadores (...), los operadores deberán notificar a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, respecto del sistema organizativo de gestión de las Entidades de Referencia:*

- *Los términos actualizados que rigen su funcionamiento.*
- *La lista actualizada de los operadores que lo integran.*
- *Los acuerdos sobre el reparto de los costes de las Entidades de Referencia y en qué medida afectan a cada operador.*
- *Los resultados del sistema de control de costes de las Entidades de Referencia, antes del 31 de marzo de cada año.”*



que deben soportar los operadores durante este año son de 2.259 euros (IVA incluido), lo que supone unos 27.106 euros al año.

De acuerdo con estos costes, esta Comisión considera que no es posible aceptar que el actual reparto de costes de la Entidad de Referencia suponga una barrera a la entrada para los nuevos operadores.

2. A continuación, cabe estudiar si procede modificar el actual reparto de costes, dadas las circunstancias actuales en el mercado y el cumplimiento de los principios establecidos en la Circular 1/2008.

A este respecto, esta Comisión no comparte la opinión de BT en relación con el aumento del número de operadores encargados hoy en día de sufragar el coste de la Entidad de Referencia (30) frente a los que en su momento participaron activamente en la determinación del actual reparto de costes (13). En este sentido cabe recordar lo establecido por esta Comisión en la citada Resolución de 11 de febrero de 2010 que puso fin al conflicto existente entre la SCPM y la AOPM y que en ese momento el número de operadores que utilizaban de una u otra forma la entidad de referencia de portabilidad era de veintinueve:

“Por tanto, esta Comisión no puede atender a la petición subsidiaria de que se revise el reparto pactado, y ello por porque el mismo fue acordado de conformidad con los estatutos aprobados por la Asociación, porque parte de los operadores que hoy se oponen al reparto fueron en su momento invitados a participar en el grupo de trabajo jurídico y de costes y no tuvieron una participación activa, por lo que no estaría justificado el que esta Comisión amparara a quien con su aquietamiento contribuyó al acuerdo. Y finalmente, porque, aunque es cierto que hay operadores que no existían al tiempo de determinarse el reparto de costes, no lo es menos que esta Comisión ha de ser muy prudente a la hora de decidir suplantar la voluntad mayoritaria de los operadores, y no puede sin más, por el mero hecho de que vayan apareciendo sucesivos operadores nuevos, reabrir la cuestión del reparto únicamente porque éstos no pudieron en su día participar en la discusión”.

Por tanto, esta Comisión ya valoró en dicha Resolución la posibilidad de que, con posterioridad a la fijación definitiva en la AOPM del reparto de costes de la Entidad de Referencia, pudiesen ir incorporándose sucesivamente a esta Asociación más operadores que tuviesen que asumir dicho reparto, a pesar de no haber participado en el debate sobre su determinación, bien porque voluntariamente no quisieron colaborar (operadores de la SCPM) o porque no se encontraban incorporados al mercado en ese momento. No obstante, aún así se decidió ratificar la decisión adoptada en su momento en los grupos de trabajo creados para la implementación del Nodo Central, dado que la distribución de costes acordada cumplía con los requisitos de objetividad, proporcionalidad y transparencia.

Ello porque no resulta razonable que cada vez que un operador tenga que comenzar a contribuir a los costes de mantenimiento del Nodo Central se abra de nuevo el debate sobre el reparto de los costes, ya que es necesario dotar de estabilidad a las reglas organizativas y de gestión del Nodo Central y, en su caso, establecer estatutariamente los mecanismos que hagan posible la modificación del reparto de costes, preferentemente, por acuerdo entre los operadores, en caso de que exista una quiebra indudable del principio de proporcionalidad como consecuencia de la evolución del mercado de la telefonía móvil.

Pues bien, aparte de este aumento de operadores integrantes de la AOPM o con un contrato de prestación de servicios no se tiene constancia de que concurra un escenario



en el mercado de la telefonía móvil diferente al que existía en febrero de 2010, bajo el cual esta Comisión decidió confirmar el reparto de costes acordado en el seno de la AOPM. Es más, resulta de interés señalar que todos los operadores que componen la actual Asociación consultante (AENOM) formaron parte de la SCPM, a excepción de KPN Spain, S.L.U. el cual, pese a no participar en la SCPM, fue invitado en su momento a participar en el grupo de trabajo jurídico y de costes.

3. Por último, en cuanto a la propuesta presentada por la AENOM, consistente en dividir el coste del Nodo Central en un 10% fijo y un 90% variable en función de la actividad transaccional (exportar-importar) que realice el operador, con la finalidad de que los costes del Nodo Central sean sufragados en proporción al uso que se haga del mismo, esta Comisión entiende que concurre una falta de justificación de dicha división de reparto, ya que no se sustenta en un estudio de los componentes de costes del Nodo Central ni en cálculo objetivo alguno.

En este sentido, hay que tener en cuenta que el Nodo Central para la portabilidad móvil genera dos clases de costes claramente diferenciados⁶:

1. Un coste de naturaleza fija vinculado a la obligación regulatoria de disponer de un Nodo Central y a la gestión de la base de datos. Ambos costes son independientes del número de portabilidades que curse el operador y derivan de las obligaciones que tiene todo operador móvil (i) de permitir a sus abonados a cambiar de operador conservando la numeración telefónica y (iii) de encaminar correctamente las llamadas generadas por sus clientes.
2. Un coste de naturaleza variable relacionado con el propio rendimiento del citado Nodo Central requerido para la gestión del volumen de peticiones de portabilidad generadas por los operadores. Se trata del único coste incremental que necesariamente genera el citado Nodo Central como consecuencia de soportar el volumen de transacciones que realizan los operadores (una media de 400.000 portabilidades mensuales).

Para determinar un reparto de costes proporcional es necesario fijar el peso que representan los factores que contribuyen a generar los costes fijos y variables respecto del total de costes.

Esta tarea, en el caso de la Entidad de Referencia móvil, se llevó a cabo en los grupos de trabajo jurídico y de costes que se crearon para la implementación del Nodo Central, en los cuales, tras las oportunas discusiones entre los diferentes operadores móviles, se llegó a una solución consistente en atribuir a los costes fijos un peso del 40% y a los costes variables del 60% distribuido en la siguiente proporción: un 15% por exportaciones y un 85% por importaciones. Asimismo, se estimó continuar con el acuerdo mantenido hasta el momento entre TME, Vodafone y Orange en relación con la no repercusión de los costes administrativos derivados de los procesos de cambio de operador.

Pues bien, como ya se ha comentado, en febrero de 2010, esta Comisión ratificó este reparto de costes al considerar que había sido acordado por los operadores que participaron activamente en el citado grupo de trabajo de costes y que el mismo podía cumplir con los principios establecidos en la Circular 1/2008.

⁶ Esta división de los costes fue utilizada para la fijación del reparto de costes de la Entidad de Referencia fija.



Por ello no se acepta la propuesta de AENOM, ya que no se sustenta en un estudio de los componentes de costes del Nodo Central, ni en cálculo objetivo alguno, ni tampoco se acepta la distribución de costes propuesta por TME ya que, aunque dicha propuesta ha sido justificada en base a criterios objetivos, como son la naturaleza real de los costes y del peso que representa cada uno de los costes sobre el total, TME participó activamente en el grupo de trabajo de costes y pudo negociar dicha propuesta en el seno del mismo. Sin embargo, tal y como esta operadora reconoce, TME decidió apoyar la actual distribución de costes, acordada entre todos los operadores participantes en las reuniones del grupo de trabajo de costes, ratificado por esta Comisión.

En conclusión, dado (i) que las circunstancias del mercado no han variado sustancialmente desde febrero de 2010, (ii) que el actual reparto de costes fue acordado por los operadores que quisieron participaron activamente en el grupo de trabajo de costes creado para la implementación del Nodo Central entre los que no se encontraron, por voluntad propia, algunos de los operadores que conforman ahora la AENOM, (iii) que dicho reparto no supone una barrera onerosa para la entrada y mantenimiento de nuevos operadores y (iv) que el reparto de costes propuesto por la AENOM no ha sido objetivamente justificado ni basado en la naturaleza real de los costes a distribuir, esta Comisión no estima oportuno y necesario revisar el actual reparto de los costes de la Entidad de Referencia para la portabilidad móvil.

B. Sobre la modificación del sistema organizativo de la AOPM: la regla de la unanimidad.

En relación con esta cuestión TME alega que la necesidad de tal unanimidad no es otra que la de evitar que los operadores mayoritarios puedan imponer su mayoría sobre operadores minoritarios con menor representación en la AOPM en materias tan sensibles como las que afectan a las contribuciones de los operadores y a la modificación de las Especificaciones Técnicas.

Asimismo, esta operadora considera que modificar el artículo 14 de los Estatutos de la AOPM, relativo al número de votos requeridos (unanimidad) para la adopción de determinados acuerdos en la Asamblea General, *“podría afectar seriamente a la estabilidad y funcionamiento diario de esta asociación (...) que haría muy difícil la gestión de la misma”*.

Por su parte, Vodafone manifiesta que la regla de la unanimidad, acordada por la mayoría de los operadores que constituyeron la AOPM, es acorde con lo establecido en el apartado 5.2 de la Circular 1/2008. Además, esta operadora indica que los Estatutos de la AOP tienen una redacción idéntica a la establecida en el artículo 14 de los Estatutos de la AOPM.

Orange considera que a diferencia de lo que ocurre en la gestión del múltiplex, donde es precisa mayor flexibilidad para aceptar cambios ya que han de adaptarse constantemente a circunstancias distintas, *“en el caso de la fijación de las contribuciones económicas de la AOPM es necesario precisamente todo lo contrario, puesto que se requiere la mayor estabilidad posible para poder prever adecuadamente los costes de la portabilidad para cada operador, y para dotar de la seguridad y estabilidad suficiente a la Asociación en sí misma”*.

Por su parte, BT alega que si bien no cuestiona la validez y la eficacia del sistema de funcionamiento de la AOPM en cuanto a las mayorías, opina que pueden existir razones que hagan necesaria su revisión por parte de esta Comisión. Según BT, la dificultad para alcanzar acuerdos, debido a un elemento estructural que marca el funcionamiento de la AOPM, genera tensiones innecesarias en la misma.



Sobre esta cuestión planteada por la AENOM, de modificar los Estatutos de la AOPM en relación con la regla de la unanimidad establecida para la adopción de determinados acuerdos, esta Comisión entiende que se trata de una materia jurídico-privada. Sólo en el caso de que se observara que coexiste un interés público digno de protección esta Comisión, de oficio o a instancia de parte, podría decidir sobre la reglas internas establecidas para la adopción de los acuerdos entre los operadores (artículo 23.3.a) del Reglamento de Mercados).

La Circular 1/2008 establece en el párrafo cuarto de su apartado cuarto que *“la operación y gestión de cada Entidad de Referencia será responsabilidad exclusiva de los operadores, para lo cual establecerán un sistema organizativo adecuado al cumplimiento de los principios de la presente Circular”*.

Los principios establecidos en la Circular 1/2008 tienen por objetivo garantizar el derecho de los usuarios a conservar la numeración ante un cambio de operador, el cual es un interés jurídico-público objeto de salvaguarda por esta Comisión (artículo 3.e) de la LGTel).

La AOPM, en cuanto sistema organizativo de los operadores móviles para la gestión de la Entidad de Referencia, cumple con los principios establecidos en la Circular 1/2008 y con el objetivo que con ellos se persigue. Por tanto, no es posible advertir la necesidad de protección de un interés jurídico-público que motive la intervención de oficio por parte de esta Comisión con la finalidad de revisar los Estatutos de la AOPM.

En consecuencia, basándonos en el principio de intervención mínima que debe regir el ejercicio de las competencias asignadas a este Organismo, para evaluar la cuestión planteada por la AENOM deberá estarse a lo establecido en dichos Estatutos de la AOPM.

A este respecto, el artículo 14 de los citados Estatutos establece *“que los acuerdos de la Asamblea General se adoptarán por el siguiente número de votos:*

a) Por unanimidad, es decir, por el voto favorable y unánime de todos los asociados presentes o debidamente representados, no siendo computables a estos efectos los votos nulos, en blanco, ni las abstenciones, los acuerdos sobre las siguientes materias:

(i) Determinación o modificación de las Reglas de Determinación de Contribuciones.

(...)

(ii) Modificación de los Estatutos de la Asociación en lo que se refiera a las materias identificadas en esta letra a).

(...)

En caso de que, en relación con un determinado asunto, la Asamblea General no alcanzase las mayorías previstas en este artículo en una primera votación, se repetirá la votación una vez más pudiendo volver a debatir los asociados entre una y otra votación el asunto planteado al objeto de intentar llegar a un acuerdo que permita alcanzar las mayorías aquí previstas”.

De dicho artículo se colige que es necesaria la unanimidad de operadores tanto para la modificación de las reglas de determinación de las contribuciones establecida en los Estatutos como para la modificación de los propios Estatutos, en relación con las materias identificadas para aprobación por unanimidad de todos los operadores asociados a la AOPM. En consecuencia, tal y como alega la AENOM, para la modificación de las reglas de distribución de los costes de la Entidad de Referencia será necesario conseguir un doble acuerdo unánime por parte de los operadores.



Asimismo, con la finalidad de fomentar los acuerdos entre los operadores se establece la posibilidad de presentar en una segunda votación aquellas cuestiones que no hayan conseguido la mayoría suficiente en primera ronda.

Por otra parte, el Título VII de los Estatutos de la AOPM en su artículo 43, relativo a la *Resolución de Controversias*, establece que:

“Todas las controversias que se susciten entre la Asociación y sus asociados, o entre éstos entre sí, con respecto a los presentes Estatutos o los asuntos sociales (con exclusión de los relativos a la convocatoria judicial de la Asamblea General o en su caso del órgano de representación), tanto durante la existencia de la Asociación como al tiempo de su liquidación, y que se refieran o incidan en las obligaciones y derechos de portabilidad numérica móvil de los asociados (por ejemplo, la contribución de los costes de portabilidad, etc.) de acuerdo con el régimen jurídico aplicable, serán sometidas, para su resolución, al arbitraje privado de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, llevándose a cabo tal arbitraje de acuerdo con las disposiciones jurídicas que lo regulan.

Las partes hacen constar su compromiso de cumplir el laudo arbitral que se dicte.”

De acuerdo con esta previsión estatutaria adoptada por los operadores móviles, esta Comisión puede entrar a conocer de las controversias que se susciten entre los operadores en relación con los Estatutos, por la vía del arbitraje privado, cuando dichas controversias incidan sobre las obligaciones y derechos de los operadores relativos a la portabilidad numérica, como lo es la contribución a los costes de la portabilidad móvil.

La AENOM ha acreditado que convocó una Asamblea General Extraordinaria de la AOPM en la que se sometió a votación la modificación del reparto de costes, sin embargo, la AENOM no ha alegado ni acreditado que haya presentado al resto de operadores móviles pertenecientes a la AOPM la cuestión de modificar la regla de la unanimidad establecida en sus Estatutos para la modificación de las Reglas de Determinación de Contribuciones. Ello con la finalidad de encontrar un acuerdo entre los operadores sobre una regla de mayorías alternativa a la unanimidad de operadores, que fomente la negociación entre ellos, evite que un sólo operador pueda vetar la propuesta que planteen por acuerdo el resto de operadores, y, a su vez, dote de seguridad y estabilidad suficiente a la Asociación.

De las alegaciones presentadas por los operadores TME, Vodafone, Orange y BT esta Comisión ha podido comprobar el desacuerdo que existe entre los operadores móviles integrantes de la AOPM con respecto a la modificación de la regla de la unanimidad. Por consiguiente, salvo que se llegue a un acuerdo voluntario entre los operadores móviles en relación con dicha cuestión, cualquier operador asociado a la AOPM podrá promover arbitraje privado antes esta Comisión, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43 de los Estatutos de la AOPM.

Para ello, si atendemos a lo establecido en el Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado mediante el Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, el artículo 12 relativo a la *“Iniciación del arbitraje”* dispone que *“La actuación arbitral de la Comisión será instada por escrito firmado por el actor o su representante, en el que se expresará el nombre y domicilio del reclamante y de la persona contra la que se dirige la reclamación, los hechos y fundamentos de Derecho en los que ésta se funde, el contenido de la reclamación y, en su caso, la proposición de las pruebas que estime pertinentes”*.

Por consiguiente, se señala a la AENOM que, en caso de existir una controversia entre los operadores móviles integrantes de la AOPM, sobre la modificación estatutaria de la regla de



la unanimidad para la aprobación de la modificación de las Reglas de Determinación de las Contribuciones, se podrá instar por escrito la iniciación del arbitraje privado de esta Comisión.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión, en uso de las competencias que tiene atribuidas

RESUELVE

PRIMERO.- No iniciar de oficio un procedimiento administrativo relativo a la revisión del actual reparto de costes de la Entidad de Referencia fijado por la Asociación de Operadores para la Portabilidad Móvil así como de los Estatutos de dicha Asociación, en relación con la regla de la unanimidad establecida en su artículo 14 para la modificación de las Reglas de Determinación de las Contribuciones.

SEGUNDO.- Los operadores móviles integrantes de la Asociación de Operadores para la Portabilidad Móvil podrán instar por escrito la iniciación del arbitraje privado de esta Comisión, para la resolución de cualquier controversia, de conformidad con lo establecido en el artículo 43 de los Estatutos de la citada Asociación y siguiendo lo dispuesto en el Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado mediante el Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y del artículo 23.2 del texto consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por la Resolución de su Consejo de 20 de diciembre de 2007, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la Resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, por quienes puedan acreditar su condición de interesados ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición adicional cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y los artículos 107 y 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 48 de la misma Ley.

El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Jorge Sánchez Vicente, con el Visto Bueno del Presidente, Bernardo Lorenzo Almendros